

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Basel, 29. Mai 2013
J.2/RSC/SBA

Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität sowie Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei europäischen Übereinkommen in Verwaltungssachen

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 20. Februar 2013 haben Sie die Vernehmlassung zur oben genannten Vorlage eröffnet. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Die Prüfung der Vorlage gibt uns Anlass zu den folgenden Bemerkungen:

Executive Summary

Die Schweiz kennt in verschiedenen Bereichen Zusammenarbeitsformen und – verfahren mit ausländischen Behörden. Zieht man diese in Betracht und trifft eine klare Abgrenzung beispielsweise gerade zum Strafrecht, fragt sich, ob es tatsächlich nötig ist, für die übrigen Bereiche öffentlicher Verwaltung gleichsam ein Auffanggefäss zu schaffen. Keinesfalls darf dies dazu führen, dass dieses Auffanggefäss als subsidiäre Regelung auch für die bereits detailliert geregelten Gebiete der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit wie beispielsweise im Steuerbereich oder im Finanzmarktaufsichtsbereich dient, wie man dem Hinweis im Erläuternden Bericht, S. 12, entnehmen könnte, wo von Mindeststandard im Sinne einer Auffangregelung die Rede ist. Insofern bleibt der Anwendungsbereich schwer fassbar und von vielen Unsicherheiten gekennzeichnet. Gleichzeitig werden über die „spontane“ Zusammenarbeit ohne Ersuchen einer ausländischen Behörde und ohne Einforderung des Gegenrechts rechtsstaatliche Konturen praktisch aufgelöst.

Dem Bemühen, Art. 271 StGB klare Konturen zu verschaffen, stehen wir grundsätzlich positiv gegenüber. Wenn es gelingt, damit auch für den Strafrichter Leitplanken zu setzen, ist dies in der Tat gegenüber dem gegenwärtigen Zustand ein beachtlicher Fortschritt.

Was schliesslich die Rechtsgrundlage für bundesrätliche Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Souveränität betrifft, so gehen wir mit Ihnen einig, dass eine gesetzliche Grundlage im Interesse der Rechtssicherheit positiv zu bewerten ist. Es wird sich freilich in der Praxis zeigen müssen, ob der politische Mut besteht, einer ausländischen Behörde mit der nötigen Entschiedenheit entgegenzutreten.

Alles in allem wirft der Entwurf im Vergleich zur aktuellen Praxis eher mehr Fragen auf als er beantwortet. Unter diesem Gesichtspunkt bringt er wenig Mehrwert für die betroffenen Unternehmen in der Schweiz.

Stellungnahme im Einzelnen

1. Geltungsbereich, Art. 2 und 4

Der sachliche Geltungsbereich dieses Gesetzes muss ganz klar von Verwaltungsbereichen abgegrenzt werden, in denen bereits detaillierte Regelungen für die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden bestehen. Insbesondere kann dieses Gesetz nicht, wie in Art. 2 Abs. 1 des Entwurfes erwähnt, für Strafsachen gelten, ebenso wenig für Verwaltungsstrafsachen. Explizit ausgeschlossen werden sollten ferner der Bereich der direkten und indirekten Steuern und die verschiedenen Bereiche der Finanzmarktaufsicht. Auch die Justizverfahren folgen grundsätzlich ihren eigenen Regeln. Nur durch eine klare Einschränkung des sachlichen Geltungsbereiches kann vermieden werden, dass nach Gutdünken auf die Bestimmungen des vorgeschlagenen Gesetzes zurückgegriffen werden kann. In diesem Sinne müssen Spezialbestimmungen für einzelne Sachgebiete grundsätzlich möglich sein. Das Bedürfnis nach solchen Spezialbestimmungen wird sich auch nach internationalen oder bilateralen Entwicklungen für die Schweiz richten. Insofern ist Art. 4 Abs. 2 zu eng gefasst.

2. Grundsätze, Art. 7

Dieser Artikel sieht einen eigentlichen Paradigmenwechsel vor. Die schweizerische Rechtsordnung basiert auf dem Grundsatz, dass die internationale Zusammenarbeit auf staatsvertraglicher oder gesetzlicher Grundlage erfolgt. Wenn nun schweizerische Behörden grundsätzlich generell mit ausländischen Behörden sollen zusammenarbeiten können, ohne Prüfung des Gegenrechts, würde dies doch bedeuten, dass dann, wenn eine staatsvertragliche oder gesetzliche Regelung fehlt, abzuklären ist, ob eine echte, durch das vorliegende Gesetz auszufüllende Lücke besteht oder ob der Gesetzgeber durch qualifiziertes Schweigen eine Zusammenarbeit eben gerade ausschliessen wollte.

3. Voraussetzungen und Bedingungen der Zusammenarbeit, Art. 8

Wird kein Gegenrecht gewährt, so sollte es nicht dem Ermessen der schweizerischen Behörde überlassen bleiben, ob sie trotzdem mit der ausländischen Behörde zusam-

menarbeiten will. In einem solchen Fall muss sie von einer Zusammenarbeit absehen. Eine Zusammenarbeit muss auch dann ausgeschlossen sein, wenn die ausländische Behörde das Amtsgeheimnis nicht wahrt, beispielsweise indem sie Informationen zum Nachteil der schweizerischen Behörde an Medien weitergibt. Gleichzusetzen mit wesentlichen Interessen der Schweiz sind in diesem Zusammenhang überwiegende Interessen Privater. Die Bestimmung ist entsprechend zu ergänzen.

4. Formen der Zusammenarbeit, Art. 9

Wenn es um die Unterstützung bei der Abklärung von Sachverhalten geht, so muss klar sein, dass dies ohne Anwendung von Zwangsmassnahmen zu geschehen hat. Zwar weist Art. 12 Abs. 1 darauf hin, dass Massnahmen zur Erledigung des Ersuchens getroffen werden, Zwangsmassnahmen aber nur angewandt werden dürfen, wenn sie in einem Gesetz oder in einem völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen sind. Wenn aber im nachfolgenden Abs. 2 dieses Artikels darauf hingewiesen wird, dass auf Begehren der ersuchenden Behörde ausländische Verfahrensformen angewandt oder berücksichtigt werden können, muss allen Beteiligten klar sein, dass auch in einem solchen Fall keine Zwangsmassnahmen ergriffen werden können, die im ausländischen Recht vorgesehen sind.

5. Zustellung amtlicher Dokumente, Art. 10

Zu Recht schliesst Abs. 1 von Art. 10 die direkte Zustellung aus, wenn in die Rechtsposition der Adressaten eingegriffen wird, diesen Pflichten auferlegt oder Zwangsmassnahmen angedroht werden. Überraschend kommt daher der Vorbehalt in Abs. 5, nach welchem der Bundesrat vorsehen kann, dass amtliche Dokumente den Betroffenen in der Schweiz von den ausländischen Behörden direkt zugestellt werden können, dies offenbar auch in denjenigen Fällen, die Abs. 1 gerade ausschliessen will. Das ist widersprüchlich. Der Vorrang gebührt hier eindeutig den Einschränkungen gemäss Abs. 1, das bedarf jedoch einer Klarstellung. Auch sollte hier angestrebt werden, die Gründe, welche eine direkte Zustellung ausschliessen, möglichst klar und präzise zu formulieren und ggf. in der Botschaft mit Beispielen zu untermauern. Sonst würde der Umgehung einschlägiger Vorschriften im Bereich der internationalen Amts- und Rechtshilfe Tür und Tor geöffnet.

6. Information der betroffenen Person, Art. 13

Art. 13 Abs. 2 ist genau jene Bestimmung, die nicht als Auffangbecken für alle Arten von grenzüberschreitenden Verfahren verwendet werden darf. Die Information betroffener Personen darf nur dann ausgeschlossen werden, wenn eine spezialgesetzliche Regelung, die den Bedürfnissen des entsprechenden Bereichs Rechnung trägt (wie beispielsweise im BEHG) dies so vorsieht. Dieser Absatz sollte gestrichen oder aber durch einen Hinweis auf spezialgesetzliche Regelungen ersetzt werden.

7. Handlungen, für die eine Berechtigung nötig bzw. nicht nötig ist, Art. 17 und 18

Es ist positiv zu werten, dass in den Art. 17 und 18 eine Abgrenzung versucht wird, die letztlich auf eine Präzisierung des Tatbestandes von Art. 271 StGB hinausläuft und auch für den Strafrichter bindend sein soll. Deshalb wäre es wünschbar, wenn die entsprechenden Sachverhalte möglichst präzise umschrieben würden. Wir anerkennen jedoch durchaus, dass es nicht möglich ist, sie abschliessend festzuhalten und deshalb auf eine exemplifikative Aufzählung zurückgegriffen werden muss. Als generelle Vergleichsgrundlage sollte aber doch gelten, dass grundsätzlich jedes Tätigwerden im Auftrag und anstelle einer ausländischen Behörde in Umgehung des Amts- oder Rechtshilfeweges einer Berechtigung bedarf. Insofern erachten wir Art. 17 Abs. 1 lit. c, der von qualifizierten Handlungen von Privatpersonen auf schweizerischem Gebiet auf Verlangen von ausländischen Behörden spricht, als zu eng.

Dass Art. 18 lit. a für die Beantwortung von Fragen ausländischer Behörden sowie direkte Gespräche und direkte Korrespondenz mit ausländischen Behörden keine Berechtigung verlangt, erachten wir als positiv. Hingegen dürfte sich kaum je abschätzen, ob damit keine Rechtsfolgen verbunden sind. Wenn Art. 18 lit. a dies als zusätzliche Bedingung dafür festlegt, dass nicht um eine Berechtigung ersucht werden muss, ist dies mit Blick auf die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB heikel. Allenfalls wird hier die Möglichkeit weiterhelfen, nach Art. 19 eine Feststellungsverfügung zu verlangen. Wir würden es begrüßen, wenn hier die „erlaubten“ Handlungen ebenfalls im Sinne einer exemplifikativen Liste konkretisiert würden. Zu denken ist beispielsweise an den konzerninternen Datenaustausch. Offen ist hier die Frage, ob der Konzern im vorliegenden Zusammenhang vom Gesetzgeber als wirtschaftliche Einheit trachtet oder ob jede Konzerngesellschaft individuell beurteilt würde. Wie verhält es sich, wenn eine ausländische Aufsichtsbehörde bei einer in dieser Jurisdiktion ansässigen Tochtergesellschaft gewisse Informationen nachfragt, die beim Mutterhaus oder bei der Schwester-gesellschaft in einem anderen Staat vorhanden sind? Oder wie ist es zu werden, wenn ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz im Rahmen eines ausländischen Verfahrens aus eigenem Antrieb Dokumente beibringen will oder wenn eine ausländische Behörde ein Unternehmen in der Schweiz „informell“ um die Herausgabe von Dokumenten ersucht? Solche Fragen sind in der Praxis keineswegs selten, und es wäre hilfreich, wenn der Gesetzgeber hier Anleitung zu ihrer Beantwortung bieten könnte.

Thematisiert werden sollte in diesem Zusammenhang auch das Verhältnis zu Art. 273 StGB. Zwar sieht dieser keine Bewilligungsmöglichkeiten vor, doch sind wir der Ansicht, dass ein nach Art. 271 StGB berechtigtes Verhalten nicht eine Straftat unter Art. 273 StGB darstellen kann. Problematisch in diesem Zusammenhang erscheint auch der generelle Vorbehalt des Datenschutzgesetzes, enthalten im Rechtsalltag doch die meisten Informationen und Dokumente, die zu übermitteln sind, auch Personendaten und stellen somit nach dem Datenschutzgesetz eine Datensammlung dar. Kann das Datenschutzgesetz in jedem solchen Fall angerufen werden, wird die einmal erteilte Berechtigung ihres Sinnes entleert.

Unklar ist in diesem Zusammenhang auch die in Art. 16 Abs. 3 gewählte Formulierung „wenn zu erwarten oder aufgrund der Umstände anzunehmen ist, dass die Handlung sich mehrmals wiederholt.“ Wenn dies bedeuten würde, dass, wenn ausländische Behörden wiederholt in einem bestimmten Sachzusammenhang Ersuchen an Gesell-

schaften in der Schweiz stellen, der Bundesrat dies nicht mehr mittels Verfügung bewilligen kann, sondern eine Verordnung oder gar ein Gesetz erlassen muss, würde die Handlungsfreiheit der Bewilligungsbehörde doch erheblich beeinträchtigt, dies sogar im Sinne einer Verschärfung des geltenden Rechts.

8. Bewilligungskriterien, Art. 22

Es ist zu bedauern, dass der vorliegende Entwurf entgegen den Äusserungen des Bundesrats, dem „internationalen Aspekt“ des seit langem geforderten Berufsgeheimnisschutzes für Unternehmensjuristen im vorliegenden Gesetz Rechnung zu tragen, in keiner Weise auf das Bedürfnis der Unternehmensjuristen nach Schutz des Berufsgeheimnisses eingeht. Die Berücksichtigung privater Interessen bei einer im Zusammenhang mit der Bewilligungserteilung gemäss Art. 22 vorzunehmenden Interessenabwägung stellt entsprechend dem erläuternden Bericht denn auch lediglich eine „Teillösung“ dar, die in keiner Weise zu befriedigen vermag.

9. Weitere Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Souveränität, Art. 25

Es ist positiv zu werten, dass die Kompetenzen des Bundesrates zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, die gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 der Verfassung ausgeübt werden können, nun auf Gesetzesstufe festgelegt werden sollen. Die Sachverhalte, auf die solche Massnahmen angewandt werden müssen, lassen sich zwangsläufig nicht abschliessend umschreiben. Insofern macht Art. 25 Abs. 2 als Vergleichsbasis durchaus Sinn. Hingegen erachten wir es als notwendig, dass derartige Massnahmen im Einzelfall mit betroffenen Unternehmen und Personen im Sinne einer vorgängigen Anhörung abgesprochen werden müssen, dies umso mehr, als die entsprechenden Verfügungen des Bundesrates nach Abs. 2 endgültig sein sollen, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt.

Was die Massnahme nach Art. 25 Abs. 1 lit. e betrifft, die offenbar von der FINMA vorgeschlagen wurde, so ist darauf hinzuweisen, dass Art. 25 den Schutz der Souveränität der Schweiz bezweckt und nicht eine Rechtsgrundlage für neue Aufsichtsmassnahmen für die FINMA festlegt, wenn ihr das Geschäftsgebaren eines ihrer Aufsicht unterstellten Unternehmens nicht adäquat erscheint. Deshalb sollte in diesem Absatz noch einmal verdeutlicht werden, dass es einer ausländischen Bedrohung der Souveränität der Schweiz bedarf, damit derart massiv in die unternehmerische Freiheit eingegriffen werden darf.

10. Übereinkommen des Europarates

Was das Übereinkommen vom 24. November 1977 über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland betrifft, so fragen wir uns, wieso bei den Unterzeichnerstaaten England und die Niederlande fehlen. Zweitens ist nicht klar, ob Verwaltungsstrafsachen vom Geltungsbereich ausgeschlossen sind.

Erst recht fehlen beim zweiten Abkommen über die Erlangung von Auskünften und Beweisen in Verwaltungssachen namhafte europäische Staaten wie Frankreich, die Niederlande, Spanien und wiederum England. Dass das Abkommen, wie im erläuternden Bericht erwähnt wird (S. 49) keine Legaldefinition des Begriffs Verwaltungssachen enthält, erachten wir als schwerwiegenden Mangel. Dies lässt der Interpretationsfreiheit ausländischer Staaten freien Raum, und es wird ein Leichtes sein, die Schweiz an den Pranger zu stellen, weil sie dieses Abkommen nicht einhalte, wenn sie dem Begriff eine andere Interpretation zugrunde legt als der ersuchende Staat.

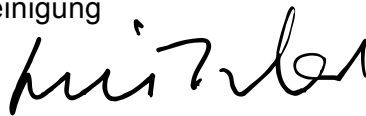
Wenn nur eine begrenzte Anzahl von Staaten den Abkommen beigetreten ist, hält sich der Nutzen für die Schweiz in Grenzen. Einen solchen sehen wir allenfalls noch beim Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen, das wir als weniger heikel erachten. Hingegen beantragen wir, aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheiten und auch der offensichtlich fehlenden Unterstützung durch Länder des Europarates, von einer Unterzeichnung des Übereinkommens über die Erlangung von Auskünften und Beweisen in Verwaltungssachen im Ausland abzusehen.

Für eine wohlwollende Prüfung unserer Bemerkungen und Anregungen danken wir Ihnen im Voraus bestens.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Renate Schwob



Christoph Winzeler